

## University of Groningen

### Handhaving in de sociale zekerheid

Tollenaar, A.

*Published in:*

TRA: Tijdschrift Recht en Arbeid

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Tollenaar, A. (2019). Handhaving in de sociale zekerheid: harmonisatie van strafrecht en bestuursrecht. *TRA: Tijdschrift Recht en Arbeid*, 11, 16-22. [TRA 2019/97].

#### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Handhaving in de sociale zekerheid: harmonisatie van strafrecht en bestuursrecht

TRA 2019/97

**De handhaving van de sociale zekerheid is steeds verder verschoven van bestuursrecht naar strafrecht. Dat leidt tot de vraag in hoeverre de strafrechtelijke waarborgen in acht worden genomen. Deze vraag is relevant gelet op het ambtshalve advies van de Raad van State uit 2015. In dit artikel wordt in kaart gebracht op welke wijze de Centrale Raad van Beroep en vervolgens de wetgever probeert de bestuursrechtelijke normering in overeenstemming te brengen met strafrechtelijke waarborgen. Dit betreft de verwijtbaarheid, draagkracht en bewijsvergaring. Ook worden twee punten benoemd waarop de bestuursrechtelijke handhaving in de sociale zekerheid nog altijd schuurt met het strafrecht.**

## 1. Inleiding

Sociale zekerheid draait in de kern om een wederkerige rechtsbetrekking tussen overheid en burger. In deze rechtsbetrekking heeft de burger recht op bestaans- of inkomenszekerheid, waartegenover een aantal verplichtingen staat. In 2014 signaleerde Vonk dat de spiraal van verplichtingen de balans van rechten en plichten van uitkeringsgerechtigden verstoort.<sup>2</sup> Aanleiding voor zijn observatie was de introductie van de Fraudewet in 2013, die resulteerde in een verruiming van bestuursrechtelijke punitieve instrumenten.<sup>3</sup> Vonk vestigde zijn hoop op correctie door de bestuursrechter.

Inmiddels is het 2019 en kunnen we constateren dat de rechten en plichten in de sociale zekerheid een nieuw evenwicht hebben gevonden. De wetgever heeft op 1 januari 2017 het boeteregime aanmerkelijk gewijzigd, in reactie op enkele rechtsvormende uitspraken van de Centrale Raad van Beroep.<sup>4</sup>

In deze bijdrage worden de interventie van de Centrale Raad van Beroep en de reactie van de wetgever in een algemenere

kader geplaatst, namelijk dat van de rechtseenheid tussen strafrecht en bestuursrecht. De Fraudewet van 2013 (her)introduceert immers een punitief bestuursrechtelijk instrumentarium dat, bezien vanuit het perspectief van waarborgen voor de burger, niet zou mogen verschillen van het strafrechtelijke instrumentarium. Dat is althans de opvatting van de Raad van State in diens ongevraagde advies van 13 juli 2015.<sup>5</sup> De vraag die in dit artikel centraal staat, is in hoeverre de rechtsvormende interventies van de Centrale Raad en de wetswijziging die daarop is gevolgd, ertoe hebben geleid dat het gat tussen straf- en bestuursrecht is gedicht. Is tegemoetgekomen aan de kritiekpunten die de Raad van State formuleert?

Om deze vraag te beantwoorden, volgt eerst een korte beschrijving van de punitieve bestuursrechtelijke elementen in de sociale zekerheid (paragraaf 2). Vervolgens zet ik uiteen op welke punten volgens de Raad van State de bestuursrechtelijke procedure tekortschiet (paragraaf 3). Paragraaf 4 bevat een uiteenzetting van jurisprudentie van uitspraken van de CRvB waarin expliciet aansluiting wordt gezocht met het strafrecht. In paragraaf 5 volgt een inventarisatie van een aantal punten waarop nog nadere rechtsvorming kan worden verwacht met het oog op verdere harmonisatie van de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. De bijdrage sluit af met een conclusie en beantwoording van de centrale vraag.

## 2. Opkomst van de repressieve verzorgingsstaat

Overtredingen van voorschriften in de sociale zekerheid werden lange tijd vooral strafrechtelijk gehandhaafd. Verzwegen inkomsten of andere feiten die van belang zijn voor de vaststelling van het recht op uitkering, konden leiden tot strafrechtelijke vervolging.<sup>6</sup> De Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid (*Stb.* 1996, 248) markeerde een kentering.<sup>7</sup> Deze wet introduceerde de bestuurlijke boete als sanctie op uitkeringsfraude. Leedtoevoegende handhaving was niet langer voorbehouden aan het strafrecht: bestuursorganen konden in het vervolg zelf fraudeurs bestraffen door hun een bestuurlijke boete op te leggen. Het idee was dat daarmee de strafrechtketen zou worden ontlast.<sup>8</sup>

1 Mr. dr. A. (Albertjan) Tollenaar is als universitair hoofddocent verbonden aan de vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen en lid van een aantal gemeentelijke bezwaarcommissies.

2 G.J. Vonk, 'Repressieve Verzorgingsstaat', *NJB* 2014/2 (p. 95-102). Dit is overigens een verschijnsel die niet beperkt is tot de landsgrenzen. Zie: M. Adler, *Cruel, Inhuman or Degrading Treatment? Benefit Sanctions in the UK*, Palgrave 2018.

3 Voluit: Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving, *Stb.* 2012, 462. Over de Fraudewet: A. Tollenaar, 'Aanscherping sanctiebeleid SZW-wetten beoordeeld: vliegt de wetgever uit de bocht?' *Beleid en Maatschappij* 2013 (2), p. 118-132.

4 Wijziging van de sociale zekerheidswetten in verband met de regeling van de bestuurlijke boete, *Stb.* 2016, 318. Deze wetswijziging vormde een reactie op CRvB van 24 november 2014, *AB* 2015/8, m.nt. Stijnen, *USZ* 2014/413, m.nt. Tollenaar.

5 Raad van State, 'Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht', *Stcrt.* 2015, 30280 en voor een kabinetsreactie: *Kamerstukken II* 2015/16, 34300-VI, 72 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34775-VI, 102.

6 J.M. Verheul, *Fraude en misbruik in de sociale zekerheid: aspecten van strafrechtelijke handhaving*, Deventer: Kluwer 1989.

7 K.P. Goudswaard & G.J.J. Heerma Van Voss, 'Handhaving in de Sociale Zekerheid', *Sociaal maandblad arbeid*, januari 2006. Zie ook: nota 'Aspecten van rechtshandhaving op het gebied van de sociale zekerheid', *Kamerstukken II* 1991/92, 22457, 1-2.

8 *Kamerstukken II* 1994/95, 23909, 7, p. 3.

De bestuurlijke boete werd geïntroduceerd in het gehele spectrum van de sociale zekerheid, van Werkloosheidswet tot WAO, AOW en AKW. De boete werd ook toegevoegd aan de bijstandswetgeving, maar verdween met de invoering van de Wet werk en bijstand in 2004. Een klein decennium later kwam de wetgever daarvan terug en werd met de Fraudewet van 2013 de bestuurlijke boete opnieuw ingevoerd in de bijstandswetgeving. Daarnaast werd de boete met de inwerkingtreding van de Fraudewet aanmerkelijk verhoogd, tot 100% van het benadelingsbedrag, en werd het bestuursorgaan voortaan verplicht om een boete op te leggen.

Parallel met de verzwaring van de sancties formuleerde de wetgever verschillende nieuwe verplichtingen waaraan de uitkeringsgerechtigde zich zou moeten houden. Een voorbeeld is de verplichting dat de bijstandsgerechtigde de Nederlandse taal beheerst (art. 18b Participatiewet),<sup>9</sup> dat deze het verkrijgen of behouden van algemeen geaccepteerde arbeid niet belemmert door kleding, gebrek aan persoonlijke verzorging of gedrag (art. 18 lid 4 onder g Participatiewet), en de verplichting dat de bijstandsgerechtigde onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden aanvaardt (art. 9 lid 1 c Participatiewet). In andere socialezekerheidswetten treft men algemenere verplichtingen aan, zoals de plicht zich te onthouden van zeer ernstige misdragingen jegens uitvoeringsmedewerkers of instanties (zie art. 15 lid 3 AOW, art. 26 lid 1 onder a WW). In alle gevallen geldt: indien de burger deze verplichting niet nakomt, volgt een maatregel in de vorm van een tijdelijke verlaging van de uitkering.

### 3. Zoeken naar rechtseenheid

Het geheel aan uitdijende verplichtingen en verzwarende sancties, wordt door Vonk aangeduid als een toename van de repressieve verzorgingsstaat.<sup>10</sup> Voor zover het gaat om de bestuurlijke boete komt dan als vanzelf de vraag aan de orde in hoeverre de repressieve verzorgingsstaat nog wel voldoende rechtswaarborgen biedt. De bestuurlijke boete is immers een punitief instrument dat in beginsel materieel niet zou mogen verschillen van de strafrechtelijke geldboete. Dat geldt eens te meer in de sociale zekerheid, waar op dezelfde overtreding zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk kan worden gereageerd.<sup>11</sup>

Kwakman is stellig: de bestuurlijke boete leidt tot een vorm van publiekrechtelijke eigenrichting die ten koste gaat van waarborgen voor de overtreder.<sup>12</sup> Ook Albers signaleert dat aanpassingen in de bestuursrechtelijke procedure nodig zijn om vergelijkbare waarborgen te bieden als die in het strafrecht gebruikelijk zijn.<sup>13</sup> Bröring onderschrijft de verschillen, maar is van mening dat het strafrecht niet per se betere waarborgen biedt dan het bestuursrecht.<sup>14</sup>

Bröring reageert daarmee op het ongevraagde advies van de Raad van State waarin aandacht wordt gevraagd voor het verschil in waarborgen.<sup>15</sup> Weliswaar voorziet de Algemene wet bestuursrecht in een aantal waarborgen, zoals het vereiste van de wettelijke bevoegdheid tot het opleggen van een sanctie, de rechtvaardigingsgrond en het ontbreken van verwijtbaarheid als basis voor strafuitsluiting, zwijgrecht, cautie, ne bis in idem, het beginsel van 'una via', verjaring van de bevoegdheid tot het opleggen van de boete en toepassing van de meest gunstige bepaling bij verandering van wetgeving.<sup>16</sup> De Raad van State acht deze bestuursrechtelijke waarborgen echter niet (meer) voldoende, omdat ze uit een tijd stammen waarin de bestuurlijke boete gereserveerd was voor tamelijk eenvoudig vast te stellen en lichte overtredingen. In die context past het werken met 'boetelijstjes', waarbij kenmerken van de persoon van de overtreder en de ernst van de gedraging worden verwerkt in een algemene (beleids)regel: de constatering van de overtreding resulteert automatisch in een van tevoren vastgestelde boete. Nu de bestuurlijke boete ook kan worden opgelegd voor feiten die niet eenvoudig te constateren zijn, of waarvan de ernst groot en de op te leggen boetes (zeer) hoog zijn, concludeert de Raad van State dat er alle reden is om de bestuursrechtelijke normering van de bestuurlijke boete te herzien.<sup>17</sup>

### 4. Verschillen verkleinen: reactie van de bestuursrechter

De Raad van State richt zijn blik op de wetgever die het gat tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedure zou moeten dichten. Het is echter in eerste instantie de rechter die in concrete geschillen zijn positie moet bepalen ten aanzien van de bestuurlijke boete en andere bestraffende interventies. Gelet daarop wordt in deze paragraaf de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep

9 Wet taaleis WWB, *Stb.* 2015, 136 en Verzamelwet SZW 2015, *Stb.* 2014, 504. Zie ook: A. Eleveld, 'De taaleis in de bijstand en het discriminatieverbod', in: A. Eleveld (red.), *De Participatiewet: een grondrechtenperspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 113-139.

10 G.J. Vonk, 'Repressieve Verzorgingsstaat', *NJB* 2014/2 (p. 95-102).

11 Deze keuze wordt bepaald aan de hand van het benadelingsbedrag. Is het benadelingsbedrag lager dan EUR 50.000 dan is het bestuursorgaan aan zet. Overschrijdt het benadelingsbedrag deze grens, dan volgt in beginsel strafrechtelijke vervolging. Zie: Aanwijzing sociale zekerheidsfraude van het Openbaar Ministerie. Overigens volgt bij een benadelingsbedrag een strafvordering van een geldboete ter hoogte van het benadelingsbedrag dan wel een taakstraf of een gevangenisstraf van drie maanden en 26 dagen (zie Richtlijn voor strafvordering sociale zekerheidsfraude, *Stcrt.* 2012, 26828) en zal de rechter in beginsel een taakstraf, geldboete of een gevangenisstraf van twee tot vijf maanden opleggen (zie Oriëntatiepunten LOVS afspraken 2019, p. 21. Sociale zekerheidsfraude valt onder de algemenere categorie 'fraude', zie: HR 13 maart 2018).

12 N.J.M. Kwakman, 'De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting', *NTB* 2006/47, afl. 10, p. 331-339.

13 C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete en het bestuursprocesrecht: de vershraling van een goede strafvordering', *Delikt en Delinkwent* 2006/2, afl. 1, p. 17-38.

14 H.E. Bröring, 'Keuze voor een sanctiestelsel: bestuurlijke boete of bestuurlijke strafbeschikking?', *Regelmaat* 2017 (5), p. 317-335.

15 Raad van State, 'Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht', *Stcrt.* 2015, 30280. Zie ook: H. Bröring, *Rationele "willekeur": enkele opmerkingen over discretionaire boetebevoegdheden* (oratie Groningen), Groningen 2005.

16 Zie artt. 5:4, 5:5, 5:10a, 5:41 t/m 5:47 Awb.

17 Raad van State, 'Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht', *Stcrt.* 2015, 30280.

geanalyseerd. Daarbij is de vraag aan de orde in welke mate de bestuursrechter erin slaagt om waarborgen te bieden die vergelijkbaar zijn met wat de burger in een strafrechtelijke procedure kan verwachten. De Centrale Raad heeft op drie punten expliciet aansluiting gezocht bij het strafrecht. Het gaat dan om de beoordeling van de verwijtbaarheid van de overtreder, de beoordeling van diens draagkracht en ten slotte de waarborgen ten aanzien van bewijsvergaring. Deze drie jurisprudentielijnen worden hieronder kort uiteengezet.<sup>18</sup>

#### 4.1 Verwijtbaarheid

Het strafrecht kent het beginsel 'geen straf zonder schuld'. De overtreder moet minimaal een verwijt kunnen worden gemaakt. De mate van verwijtbaarheid heeft invloed op de hoogte van de straf.<sup>19</sup> In het bestuursrecht codificeert art. 5:41 Awb het uitgangspunt dat geen straf wordt opgelegd indien de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten. Indien de hoogte van de boete niet bij wettelijk voorschrift is bepaald, volgt uit art. 5:46 lid 2 Awb dat de boete wordt afgestemd op – onder meer – de mate waarin de overtreding aan de overtreder kan worden verweten.

Voor de boetes in de sociale zekerheid geldt dat deze niet bij wettelijk voorschrift zijn vastgesteld. Men zou daar nog over kunnen twijfelen, nu de wetgever de boetehoogte heeft voorgeschreven in de wet en in het daarop gebaseerde Boetebesluit socialezekerheidswetten voorschrijft dat de boete in beginsel net zo hoog is als het benadelingsbedrag.<sup>20</sup> In zijn uitspraak van 24 november 2014 concludeert de Centrale Raad echter dat de wet een *boetemaximum* geeft ('ten hoogste' het benadelingsbedrag) en dat uit de parlementaire geschiedenis van de Fraudewet kan worden afgeleid dat de wetgever ruimte wil laten aan de 'prudentie en professionaliteit van het beoordelend orgaan' om 'in concrete situaties rekening te houden met overige omstandigheden van het individuele geval die behoren te leiden tot een lagere bestuurlijke boete als gevolg van verminderde verwijtbaarheid'.<sup>21</sup>

Vervolgens geeft de Raad in deze uitspraak inzicht in de wijze waarop de mate van verwijtbaarheid doorwerkt in de bepaling van de boetehoogte. Interessant is dat de Centrale Raad van Beroep aansluiting zoekt bij de strafbaarstelling van dezelfde overtreding in het Wetboek van Strafrecht. In het strafrecht wordt namelijk onderscheid gemaakt tussen het *opzettelijk* geven van foutieve informatie of verzwijgen

van relevante informatie op grond waarvan een uitkering wordt verstrekt (zie art. 227a en 227b Wetboek van Strafrecht), en hetzelfde delict zonder opzet als bestanddeel (art. 447a Wetboek van Strafrecht). De wetgever heeft een zwaardere sanctie verbonden aan het opzettelijk (geldboete van de vijfde categorie versus geldboete van de tweede categorie). Daarin vindt de Raad reden om de bestuurlijke boete te variëren naar de mate van verwijtbaarheid.

Alleen indien opzet kan worden aangetoond, is sprake van zware verwijtbaarheid en zou het maximumbedrag in beginsel een rechtvaardige sanctie kunnen zijn. Is geen sprake van opzet, maar grove schuld, dan is 75% van dat bedrag een passend uitgangspunt. Is geen sprake van opzet en ook niet van grove schuld, dan is 50% van het benadelingsbedrag de passende straf. Bij verminderde verwijtbaarheid zou de boete moeten worden vastgesteld op 25% van het benadelingsbedrag.<sup>22</sup>

#### 4.2 Draagkracht

Bij de strafrechtelijke bestraffing wordt aandacht geschonken aan de draagkracht van de verdachte (zie art. 24 Sr).<sup>23</sup> Dit uitgangspunt is uitgewerkt in art. 24d Wetboek van Strafrecht. Daaruit volgt dat een geldboete die hoger uitvalt dan € 225, in termijnen mag worden voldaan. Deze termijnen mogen het tijdvak van twee jaar niet overschrijden. Met andere woorden: in het strafrecht is het uitgangspunt dat de overtreder na twee jaar van de geldboete is verlost.

De bestuurlijke boete in de sociale zekerheid kent in beginsel geen beperking vanwege de draagkracht van de overtreder. Sterker nog: de wetgever ging uit van een boete ter hoogte van het benadelingsbedrag die zou worden opgelegd naast de terugvordering van de ten onrechte betaalde uitkering. Het ligt voor de hand dat de overtreder in zo'n geval niet in staat is om binnen enige jaren aan de vordering te voldoen.

De Centrale Raad van Beroep gaf in een serie uitspraken in 2016 duidelijkheid en liet ook de draagkracht doorwerken in de bepaling van de boetehoogte.<sup>24</sup> Juist het gegeven dat de bestuurlijke boete geen alternatief kent, bijvoorbeeld in de vorm van een gevangenisstraf of taakstraf in het geval de boete niet wordt betaald, is voor de Raad aanleiding om de boetehoogte af te stemmen op de strafrechtelijke boete, waarbij expliciet wordt verwezen naar art. 24d Sr.

De Centrale Raad ontwikkelt daarop de regel dat de boete wordt afgestemd op de draagkracht, waarbij rekening wordt gehouden met de beslagvrije voet en de mate waarin

18 Voor een uitgebreidere analyse: L. van den Berg, 'De Evenredige Bestuurlijke Boete in de Participatiewet', in: A. Eleveld (red.), *De Participatiewet: een grondrechtenperspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 191-213; M. Feenstra & A. Tollenaar, 'Kruisbestuiving tussen straf- en bestuursrecht: de ontwikkeling van de verwijtbaarheid in het bestuursrecht', *NTB* 2017/39 (p. 351-357).

19 Zie: H.E. Bröring e.a., *Referentiekader geldboetes*, Groningen 2012, p. 26; Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken, versie mei 2017.

20 Art. 2 Boetebesluit socialezekerheidswetten bevatte de bepaling dat de bestuurlijke boete wordt vastgesteld op de hoogte van het benadelingsbedrag.

21 Citaten uit de uitspraak. De Raad verwijst naar: *Kamerstukken II* 2011/12, 33207, 3, p. 12-13 en 33.

22 CRvB 24 november 2014, r.o. 7.7, AB 2015/8, m.nt. Stijnen, *USZ* 2014/413, m.nt. Tollenaar.

23 H.E. Bröring et al., *Referentiekader Geldboetes*, Vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde 2012, p. 36.

24 CRvB 11 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:12, AB 2016/152, m.nt. Stijnen en van dezelfde datum: ECLI:NL:CRVB:2016:8, ECLI:NL:CRVB:2016:10, ECLI:NL:CRVB:2016:11, ECLI:NL:CRVB:2016:9. Zie over deze uitspraken: F.M.E. Schulmer & C.W.C.A. Bruggeman, 'De sterkste schouders moeten de zwaarste boete dragen', *Gemeentestem* 2018/66 (p. 334-339).

de overtreding aan de overtreder kan worden verweten. Bij opzet moet de boete worden gebaseerd op de draagkracht gedurende 24 maanden. Bij opzet en grove schuld moet de boete in achttien maanden kunnen worden voldaan, bij normale verwijtbaarheid in twaalf maanden en bij verminderde verwijtbaarheid in zes maanden.<sup>25</sup>

#### 4.3 Bewijsvergaring

Een derde lijn in de jurisprudentie die een beïnvloeding door het strafrecht laat zien, betreft het punt van de bewijsvergaring. Het bestuursrecht kent een 'vrije bewijsvergaring', waarbij uit het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel de relevante eisen voortvloeien.<sup>26</sup> De wet stelt geen bijzondere procedurele eisen ten aanzien van de toezichtshandelingen waarmee overtredingen worden vastgesteld. Dit steekt schril af bij het strafrecht dat in het Wetboek van Strafvordering tal van waarborgen kent voor de bewijsvergaring.<sup>27</sup>

Dit verschil kwam pregnant aan de orde in de uitspraak van de Centrale Raad waarin een boete was opgelegd wegens een verzwegen gezamenlijk huishouden.<sup>28</sup> Deze overtreding was vastgesteld door heimelijk gebruik van een camera. De Raad constateerde dat de wet geen grondslag biedt voor deze inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene, zodat het EVRM is geschonden. De Raad wijst erop dat in het strafrecht wél is voorzien in een dergelijke wettelijke grondslag (art. 126g Wetboek van Strafvordering), met als extra waarborg dat een officier van justitie een bevel moet geven. Dezelfde conclusie trok de Raad ook ten aanzien van bewijs dat vergaard was met een ander hulpmiddel, in dit geval een peilbaken waarmee bewegingen van een bestelbus werden vastgesteld.<sup>29</sup>

Met Roozendaal kan worden geconcludeerd dat de Centrale Raad kritischer wordt over het bewijs dat door het bestuursorgaan aan de boete ten grondslag wordt gelegd.<sup>30</sup> De methode van bewijsvergaring moet aan enkele fundamentele voorwaarden voldoen. Zo moet duidelijk worden onder welke voorwaarden het hulpmiddel wordt ingezet en gedurende welke periode een technisch hulpmiddel kan worden gebruikt.

25 CRvB 11 januari 2016, AB 2016/152, m.nt. Stijnen.

26 Y.E. Schuurmans, 'Rechtsvorming bewijsrecht in bestuurlijke boetezaken', *JB Plus* 2017, p. 273-287.

27 Zie ook de conclusie van A-G Keus 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034. Hoewel de aanleiding een bestuurlijke boete op grond van de Wet arbeid vreemdelingen was, is deze conclusie ook mogelijk relevant voor boetes in de sociale zekerheid.

28 CRvB 15 augustus 2017, AB 2018/103, m.nt. Venderbos. Eerder had de Raad in dezelfde richting geoordeeld in CRvB 13 september 2016, Gst. 2017/33, m.nt. Feenstra & Tollenaar. Dat betrof geen boete maar een intrekking van een bijstandsuitkering.

29 CRvB 15 maart 2016, AB 2016/329, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Weliswaar ging het in deze zaak om een terugvordering en niet om een boete. Voor dezelfde overtreding wordt echter ook een boete opgelegd. Meestal wacht het bestuursorgaan met de boete tot de terugvordering in rechte vaststaat – en dus: het bewijs door de rechter is geaccepteerd of anderszins niet is bestreden.

30 W.L. Roozendaal, 'Opsporing van bijstandsfraude en het recht op privacy', in: A. Eleveld (red.), *De Participatiewet: een grondrechtenperspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018; W.L. Roozendaal, 'Bestuurlijke opsporing en privacy van bijstandsgerechtigden', Gst. 2017/134 (p. 702) e.v.

#### 4.4 Tussenconclusie

Uit de hiervoor besproken jurisprudentie kan worden afgeleid dat de Centrale Raad van Beroep de bestuurlijke boete in de sociale zekerheid steeds indringender is gaan toetsen. De Raad heeft daarmee het voortouw genomen om de verschillen tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving te verkleinen. Interessant is dat de wetgever daarop heeft gereageerd door de rechterlijke regels om te zetten in wettelijke regels. De Fraudewet is met ingang van 2017 aangepast in die zin dat het maximale boetebedrag gelijk is getrokken met de maximale geldboete die in het strafrecht zou gelden voor valsheid in geschrifte (geldboete van de vijfde categorie respectievelijk van de tweede categorie, afhankelijk van de vraag of de overtreding wel of niet opzettelijk is begaan). Uit het Besluit socialezekerheidswetten volgt dat nog altijd het benadelingsbedrag als uitgangspunt wordt genomen bij het vaststellen van de boete, maar dat de boete wordt afgestemd op de mate van verwijtbaarheid conform het onderscheid dat de Centrale Raad van Beroep heeft gemaakt.<sup>31</sup> Het Boetebesluit geeft zelfs inzicht in de wijze waarop opzet, grove schuld en verminderde opzet kan worden vastgesteld (zie art. 2a Boetebesluit).<sup>32</sup> Het resultaat is een iets gedifferentieerder stelsel waarin de bestuurlijke boete beter wordt afgestemd op de ernst van de overtreding.

Ten aanzien van de bewijsvergaring leidt de afstemming op het strafrecht tot de conclusie dat technische middelen op dit moment niet rechtmatig kunnen worden ingezet bij het toezicht op de naleving van uitkeringsvoorschriften.<sup>33</sup> Wel verkent de regering op dit moment de noodzaak voor een versteviging van de wettelijke grondslag voor de inzet van technische hulpmiddelen in de handhaving.<sup>34</sup>

### 5. Ruimte voor verdere rechtsvorming

De tussenconclusie duidt op een tendens naar harmonisering: het bestuursrecht incorporeert strafrechtelijke waarborgen. Toch is dat niet het hele verhaal. Op ten minste twee onderdelen wijkt de bestuursrechtelijke handhaving af en schuurt het bestuursrechtelijke stelsel van handhaving in de sociale zekerheid met strafrechtelijke rechtswaarborgen. Dit betreft in de eerste plaats de invordering van boetes en in de tweede plaats de rechterlijke beoordeling van maatregelen.

#### 5.1 Invordering tijdens bezwaar

Het bestuursrecht kent als uitgangspunt dat het indienen van bezwaar de werking van het besluit niet opschort

31 Zie art. 2 Boetebesluit socialezekerheidswetten.

32 L. van den Berg, 'De evenredige bestuurlijke boete in de Participatiewet', in: A. Eleveld (red.), *De Participatiewet: een grondrechtenperspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 191-213.

33 De Autoriteit Persoonsgegevens heeft hiertoe een rechtmatigheidsverklaring van dit middel ingetrokken. Zie: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-verborgen-camera-bij-opsporen-uitkeringsfraude-mag-niet>.

34 Dit blijkt uit de beantwoording van Kamervragen: Aanhangsel *Handelingen II* 2017/18, 3092, p. 3.



(art. 6:16 Awb). Dat betekent dat zodra het bestuursorgaan een bestuurlijke boete oplegt, de overtreder gehouden is deze te voldoen. Ook al gaat de overtreder in bezwaar of beroep. In het strafrecht geldt juist als uitgangspunt dat de geldboete pas invorderbaar is nadat de rechter daarover een uitspraak heeft gedaan. Voor de strafbeschikking geldt bijvoorbeeld dat deze niet kan worden ingevorderd indien daartegen verzet is aangetekend (art. 257g Wetboek van Strafvordering).

Dit verschil is ook door de Raad van State benadrukt. In de kabinetsreactie op dat advies stelt het kabinet dat het uitgangspunt van onmiddellijke invordering van de boete op zichzelf aanvaardbaar is, ook wanneer het een hoge boete betreft.<sup>35</sup> Bij een hoge boete dient het bestuursorgaan zich er echter wel van te vergewissen dat de onmiddellijke invordering geen onevenredige gevolgen heeft, mede gelet op de draagkracht van de overtreder.<sup>36</sup>

Boetes die worden opgelegd op grond van socialezekerheidswetten zijn veelal hoog. Zeker gezien vanuit het perspectief van de overtreder.<sup>37</sup> Opschorting van de invordering, in ieder geval gedurende de bezwaarprocedure, ligt vanuit dit perspectief alleszins voor de hand. Dit is echter niet de regel en ook niet de praktijk. Voor de boetes die worden opgelegd door het UWV en de SVB, geldt bijvoorbeeld dat op grond van de Regeling tenuitvoerlegging bestuurlijke boeten en terugvordering onverschuldigde betaling (*Stcrt.* 2009, 117) de invordering van de bestuurlijke boete 'mee-lift' met de terugvordering van de onverschuldigd betaalde uitkering. Beide worden onmiddellijk na het opleggen van de boete of de terugvordering van de uitkering ingevorderd. Ten aanzien van de boete wordt dus geen uitstel verleend indien bezwaar is ingediend.<sup>38</sup> Dit betekent dat geen afweging plaatsvindt of de onmiddellijke invordering van de bestuurlijke boete mogelijk onevenredige gevolgen heeft.

Nu kan men zich afvragen of het erg is dat de boete onmiddellijk wordt ingevorderd. De aflossing vindt vaak plaats door verrekening met de lopende (nieuwe) uitkering. Eventuele herziening van de boete in bezwaar of beroep zou betekenen dat het ingehouden bedrag alsnog wordt uitbetaald of dat wordt verrekend met de resterende vordering wegens onverschuldigd betaalde uitkering. In zoverre vallen de nadelige effecten van de onmiddellijke invordering alleszins mee.

Dit neemt echter niet weg dat het nogal verschilt met de wijze van effectivering van strafrechtelijke sancties en dat

hier geen overtuigende rechtvaardiging voor bestaat die algemene gelding heeft.<sup>39</sup> Op dit moment vindt onderzoek plaats naar dit verschil en de gevolgen ervan. Mogelijk leidt dit tot aanpassing van de bestuursrechtelijke procedure, zodat deze meer in lijn komt met het strafrecht.<sup>40</sup>

## 5.2 Punitieve karakter van maatregelen

Een geheel ander punt is de benadering van maatregelen. Een maatregel is het geheel of gedeeltelijk onthouden van een uitkering wegens schending van een wettelijke verplichting. De wettelijke verplichting waar het dan om gaat, is in veel gevallen een arbeids- of inschakelingsverplichting dan wel een algemeen geformuleerde verplichting om de uitkeringsmedewerkers netjes te woord te staan. De reactie op het schenden van deze verplichtingen is een maatregel: het tijdelijk (één tot drie maanden) verlagen (met een voorgeschreven percentage) van de uitkering. De hoogte en duur van de maatregel is nader geregeld in een gemeentelijke maatregelenverordening (vastgesteld op grond van art. 8 Participatiewet) en in het Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten.

De wetgever is van oordeel dat een maatregel niet geldt als een punitieve sanctie. De redenering daarvoor is te vinden in de Memorie van Toelichting bij de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid: de wet waarmee de maatregel werd geïntroduceerd.<sup>41</sup> De redenering komt erop neer dat de aard van de normschending geen strafrechtelijke is. De normschending houdt namelijk verband met de uitkering zelf. Huiselijk geformuleerd: je hebt er alleen mee te maken als je een uitkering aanvaardt. De verplichtingen zijn erop gericht dat de uitkeringsgerechtigde gebruikmaakt van de mogelijkheden om uit de uitkeringssituatie te komen. Bovendien is de omvang van de sanctie gering. De wetgever stelt zelfs dat het opleggen van een maatregel 'niet per definitie hoeft te leiden tot wat een onaangename ervaring kan worden genoemd'.<sup>42</sup> Bij latere wetten heeft de wetgever onomwonden herhaald dat het bij maatregelen niet om punitieve, maar om reparatoire sancties gaat. Niet gericht op het bestraffen van de overtreder, maar op het stimuleren van de cliënt om zijn of haar gedrag in de toekomst te verbeteren.<sup>43</sup>

De Centrale Raad van Beroep volgt deze redenering.<sup>44</sup> Het gevolg is tweeledig. Strafrechtelijke waarborgen gelden in beginsel niet,<sup>45</sup> met uitzondering van de beoordeling van de

35 Het kabinet verwijst daarbij naar jurisprudentie van het EHRM 23 juli 2002, *EHRC* 2002, 88 (*Janosevic/Zweden*).

36 Nader rapport bestuurlijke boetestelsels, 22 april 2018, *Stcrt.* 2018, 31269, p. 24.

37 A. Tollenaar, 'Aanscherping sanctiebeleid SZW-wetten beoordeeld: vliegt de wetgever uit de bocht?', *Beleid en Maatschappij* 2013 (2), p. 118-132.

38 In de regeling wordt wél onderscheid gemaakt tussen de invordering van een opgelegde bestuurlijke boete en de invordering van onverschuldigd betaalde uitkering voor de betalingsregeling of de mogelijkheid een resterende schuld kwijt te schelden.

39 Nader rapport bestuurlijke boetestelsels, 22 april 2018, *Stcrt.* 2018, 31269, p. 24.

40 Dit onderzoek wordt uitgevoerd in opdracht van het WODC en wordt naar verwachting eind 2019/begin 2020 gepubliceerd.

41 *Kamerstukken II* 1994/95, 23909, 3, p. 11-13.

42 *Kamerstukken II* 1994/95, 23909, 3, p. 13.

43 *Kamerstukken II* 2002/03, 28870, 13, p. 163. Voor kritiek op deze opvatting: K. Albers, "Etikettenschwindel" in het administratieve sanctierecht?", *Nederlands Juristenblad* 2001 (25), (p. 1157-1162).

44 Zie bijvoorbeeld: CRvB 14 maart 2011, *AB* 2011/242, m.nt. Bröring. Overigens is er ook rechtbankjurisprudentie te vinden met een andere opvatting: Rb. Overijssel 26 oktober 2016, *ECLI:NL:RBOVE:2016:4119*.

45 CRvB 11 april 2007, *AB* 2007/149, m.nt. H.E. Bröring; dit betrof een intrekking van een bijstandsuitkering vanwege inkomsten uit wiethandel.

verwijtbaarheid (zie bijvoorbeeld art. 27 lid 6 WW en art. 18 lid 9 Participatiewet). Bovendien blijft de rechter in de toetsende rol en stelt dus niet zelf de evenredige maatregel vast. Dit leidt onvermijdelijk tot enige terughoudendheid ten aanzien van de beoordeling van de zwaarte van de sanctie die primair door het bestuursorgaan moet zijn vastgesteld.

Er is mijns inziens alle reden voor de rechter om de maatregel indringender te beoordelen. Immers: in de uitwerking – vanuit het perspectief van de burger – is de maatregel een ingrijpender sanctie dan de boete. Bij de invordering van de boete wordt rekening gehouden met de beslagvrije voet, hetgeen betekent dat de uitkeringsgerechtigde altijd kan beschikken over 90% van de bijstandsnorm. Bij de maatregel wordt de uitkering niet uitbetaald gedurende één tot drie maanden. Dit betekent dat de overtreder gedurende die periode in het geheel geen uitkering ontvangt.

Bovendien rijst de vraag of de redenering van de regering bij de invoering van de maatregel nog wel hout snijdt. De rechtvaardiging werd gevonden in het feit dat de verplichtingen waarvoor een maatregel kan worden opgelegd past gelden wanneer de uitkering is verstrekt. Maar dat geldt ook voor de verplichtingen die bij overtreding leiden tot een bestuurlijke boete, zoals de inlichtingenplicht.

De Centrale Raad van Beroep lijkt te kiezen voor een soort tussenvariant: geen marginale toetsing, maar ook niet de intensieve toetsing die bij bestuurlijke boetes plaatsvindt. Zo geldt ten aanzien van de bewijsvergaring dat het bestuursorgaan gehouden is aan vergelijkbare normen ten aanzien van 'informed consent' bij een huisbezoek en ten aanzien van de wijze waarop verklaringen tot stand komen indien de overtreder de Nederlandse taal niet machtig is.<sup>46</sup> Ten aanzien van de vraag of en voor hoeveel maanden een maatregel moet worden opgelegd, blijkt de Centrale Raad in de beoordeling van 'dringende redenen' een aangrijpingspunt te zien om de sanctie intensiever te toetsen dan gebruikelijk is bij reparatoire sancties.<sup>47</sup> In een aantal uitspraken van 12 september 2017 concludeert de Centrale Raad onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, dat de invulling van dit begrip niet beperkt is tot de onaanvaardbaarheid van de gevolgen die de maatregel heeft voor de betrokkene gelet op diens persoonlijke omstandigheden, maar ruimer is en ook betrekking heeft op 'de omstandigheden, de mogelijkheden en de middelen van betrokkene'.<sup>48</sup> Met Venderbos in zijn annotatie bij een van deze uitspraken kan worden geconcludeerd dat met deze formulering een groot aantal omstandigheden onder de dringende redenen kan worden geschoven. Ook omstandigheden die betrekking hebben op draagkracht en verwijtbaarheid.

In zoverre is de rechterlijke toets van maatregelen al een flink deel opgeschoven naar de beoordeling van de punitieve bestuurlijke boete. Het cruciale verschil is echter dat het bestuursorgaan is dat moet vaststellen of dringende redenen aanwezig zijn, zodat de Raad niet veel meer kan dan toetsen of die beoordeling heeft plaatsgevonden. Ontbreekt zo'n beoordeling, dan is dat de reden om de maatregel te vernietigen. Maar in het geval het bestuursorgaan tot het oordeel komt dat de aangevoerde omstandigheden geen dringende redenen constitueren, is daarmee de kous af. Het ligt niet in de rede dat de rechter zelf de omstandigheden kwalificeert als dringende redenen. Hooguit ziet de rechter aanleiding om de beoordeling van het bestuursorgaan onzorgvuldig of onvoldoende draagkrachtig te achten. In dat geval is er nog steeds ruimte voor het bestuursorgaan om de beoordeling te verbeteren. In zoverre blijft de Centrale Raad van Beroep – hoewel mogelijk alleen cosmetisch – de maatregel anders benaderen dan de bestuurlijke boete.

## 6. Conclusie

De vraag die in dit artikel centraal staat, is in hoeverre de rechtsvormende interventies van de Centrale Raad en de wetwijziging die daarop is gevolgd, de verschillen tussen de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke procedure hebben weggenomen. De geconstateerde verschillen worden in de sociale zekerheid met de inwerkingtreding van de Fraudewet steeds nijpender. De wetgever schrijft allengs hogere boetes voort en grijpt voor meer overtredingen in de sociale zekerheid naar het instrument van de bestuurlijke boete. De Centrale Raad van Beroep heeft het voortouw genomen om enkele daardoor optredende verschillen weg te nemen, en wordt daarin deels gevolgd door de wetgever.

De beoordeling van de evenredigheid van bestuurlijke boete bood een aangrijpingspunt om de boetehoogte af te stemmen op de mate van verwijtbaarheid en de draagkracht van de overtreder. Interessant is dat het bestuursrecht tendeert naar regels: 'omwille van een praktische en eenvormige rechtstoepassing' worden de uitgangspunten vertaald naar algemene rekenregels waarmee de boetehoogte kan worden bepaald.<sup>49</sup> Deze regels hebben ook hun weg gevonden in wetgeving. Je kunt je afvragen of daarmee voldoende recht wordt gedaan aan de inhoud van deze waarborgen, omdat een rekenregel immers onvermijdelijk onvolledig of gebrekkelijk recht kan doen aan de bijzonderheden van het individuele geval, wat in het strafrecht in ieder geval wel wordt gepretendeerd.

Voor wat betreft de bewijsvergaring accepteert de bestuursrechter niet langer de volledig vrije bewijsleer die in het bestuursrecht gebruikelijk is. In de besproken uitspraken legt de Centrale Raad op dit punt duidelijk de bal bij de wetgever: de wetgever moet voorzien in een op het opsporingsonderzoek gelijkende procedure. Tot het moment

46 CRvB 11 april 2007, AB 2007/149 over een huisbezoek en CRvB 23 november 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO5977 over een verklaring die zonder toelkenondersteuning tot stand is gekomen.

47 Zie bijvoorbeeld art. 18 lid 10 Participatiewet, art. 27 lid 8 WW.

48 CRvB 12 september 2017, USZ 2017/441, m.nt. Venderbos en CRvB 12 september 2017, USZ 2017/442, m.nt. Nacinovic.

49 CRvB 11 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:12, AB 2016/152, m.nt. Stijnen, r.o. 5.11.

waarop dat is geregeld, is de bewijsvergaring met technische hulpmiddelen onrechtmatig. Dat stelt de wetgever voor een uitdaging.

Deze observaties duiden op een harmonisatie van een bestuursrechtelijke naar een strafrechtelijke procedure, of zo men wil: de ontwikkeling van een bestuursstrafrecht, waar materieel strafrecht wordt toegepast in een bestuursrechtelijke procedure.<sup>50</sup> Toch wijkt de handhaving in de sociale zekerheid op ten minste twee punten af en wordt nog geen rechtseenheid gerealiseerd. In deze bijdrage zijn de invordering van de boete tijdens bezwaar en de beoordeling van de maatregelen genoemd. Bezien vanuit het perspectief van rechtseenheid verdienen deze punten aandacht, omdat er geen goede redenen zijn om verschillen te laten voortbestaan. Een boete zou in beginsel niet moeten worden ingevorderd in het geval dat de burger daartegen bezwaar heeft ingediend en de rechter nog geen uitspraak heeft gedaan. En voor wat betreft de maatregelen is er geen reden om deze niet net zo te behandelen als punitieve sancties zoals de bestuurlijke boete. Dat draagt bij aan verdere harmonisatie van de handhaving van sociale zekerheid.

50 H.E. Bröring, 'Keuze voor een sanctiestelsel: bestuurlijke boete of bestuurlijke strafbeschikking?', *Regelmaat* 2017 (5), p. 317-335.